RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/871/2004 **ATAS/33/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 20 janvier 2005

En la cause

Monsieur L_____ recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'EMPLOI, Groupe réclamations, case postale 3507, 1211 Genève 3 intimé

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. Monsieur L_____, né en mai 1964, de nationalité anglaise, a été engagé le 2 juin 1993 par la société X_____ Grande-Bretagne. En septembre 2001, il a été convenu entre l'employeur et l'intéressé que ce dernier serait détaché dans le bureau de Genève de la société X_____ (Suisse) SA.

2. Le 20 décembre 2001, l'INLAND REVENUE IN CONTRIBUTIONS OFFICE a délivré à l'assuré une attestation de détachement en Suisse pour une durée maximale de 24 mois, soit du 1er décembre 2001 au 30 novembre 2003, en certifiant que, durant cette période, il resterait soumis au paiement des cotisations sociales en Grande-Bretagne.

3. Son employeur ayant résilié le contrat de travail par courrier du 10 juin 2003 avec effet au 19 août 2003, l'assuré - titulaire d'un permis de séjour de type B valable jusqu'au 30 novembre 2007 - s'est annoncé auprès de l'Office cantonal de l'emploi le 21 juillet 2003 et a demandé à bénéficier des indemnités de chômage dès le 19 août 2003. Lors de son inscription, il a produit ses fiches de salaires pour les mois de septembre 2002 à août 2003, établies par X_____ (Suisse) SA.

4. Sur l'attestation d'employeur remise à l'autorité, la société X_____ a confirmé que son employé avait travaillé pour elle en tant que directeur du 1er décembre 2001 au 19 août 2003. Elle a également précisé qu'il n'avait jamais été affilié à une caisse de compensation suisse.

5. Par décision du 10 décembre 2003, la caisse a rejeté sa demande au motif qu'il ne pouvait justifier d'aucune période de cotisations en Suisse durant le délai cadre de cotisations précédant son inscription, soit du 19 août 2001 au 18 août 2003 et que les périodes cotisées dans un pays de la communauté européenne ne pouvaient être prises en considération, dès lors que le dernier emploi n'avait pas été accompli en Suisse.

6. L'assuré a formé opposition le 30 décembre 2003. Il a exposé que, contrairement à ce qui avait été retenu dans la décision querellée, il n'avait pas travaillé en tant que salarié en Grande-Bretagne du 2 juin 1993 au 19 août 2003 puisqu'il avait quitté X_____ Londres le 30 novembre 2001 et travaillé pour X_____ (Suisse) SA à Genève depuis le 1er décembre 2001. Il a produit à l'appui de ses dires la copies de ses douze dernières fiches de salaire. Il a également fait remarquer qu'il continuait à habiter à Genève et qu'il y cherchait un emploi rémunéré.

7. Par décision sur opposition du 29 mars 2004, le Groupe réclamations a confirmé le refus de prestations.

8. Par courrier du 26 avril 2004, Monsieur L_____ a interjeté recours contre cette décision. Il s'étonne du refus qui lui est opposé, allègue que le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) lui a affirmé qu'il avait droit aux indemnités de chômage en Suisse et qu'en vertu de l'accord sur la libre circulation des personnes, les périodes durant lesquelles il a cotisé en Grande-Bretagne devraient être prises en considération. Il conteste également le fait que son dernier emploi n'ait pas été pour une entreprise suisse. A cet égard, il explique avoir dû devenir membre de X_____ (Suisse) SA et avoir été inscrit au registre du commerce comme signataire et devant la commission des banques suisses comme membre du comité de gestion. Il souligne par ailleurs avoir payé ses impôts, à la source, en Suisse. Enfin, il explique être au bénéfice d'un permis B valable jusqu'en 2007, avoir déménagé à Genève avec son épouse, avoir vendu tous ses biens en Angleterre et avoir recommencé une nouvelle vie en Suisse. Il invoque également une décision rendue le 28 novembre 1995 par la Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants.

9. Invité à se déterminer, le Groupe réclamations, dans son préavis du 19 mai 2004, a conclu au rejet du recours. Il relève que la Suisse ne peut être considérée comme pays du dernier emploi si l'assuré n'y a pas effectué au moins un jour de travail soumis à l'AVS et que tel n'est pas le cas dès lors que l'activité du recourant est restée soumise au régime de la sécurité sociale anglais. Le Groupe réclamations relève que ce n'est qu'exceptionnellement qu'un droit au chômage en Suisse a été reconnu pour un travailleur détaché. Il existe en effet un cas particulier dans lequel le SECO a autorisé à verser des indemnités de chômage à une assurée. Cette dernière avait cependant été victime d'une erreur de l'OFAS dans le cadre de l'approbation de son contrat de travail de détachement et l'octroi d'indemnités avait pour unique but de ne pas lui faire supporter cette erreur de l'administration. Alors que dans le cas du recourant, le contrat de travail est conforme aux dispositions conventionnelles et l'assuré s'est vu délivrer un certificat de détachement en bonne et due forme par la Grande-Bretagne. Le fait que ce certificat de détachement ne corresponde pas à ses projets personnels est sans incidence sur son droit à l'indemnité.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le

13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Les dispositions procédurales de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, sont applicables au cas d'espèce. Interjeté dans les forme et délai légaux prévus par les art. 56 à 60 LPGA, le recours est recevable.

3. L'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres d'autre part, sur la libre circulation des personnes, est entré en vigueur le 1er juin 2002 (RO 2002 1529 ; RS 0.142.112.681 – ci-après l'Accord).

   Il prévoit en son art. 8 let. c que :

   > « Les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe II, la coordination des systèmes de sécurité sociale dans le but d'assurer notamment la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales ».

   Aux termes de l'art. 1 de l'annexe II de l'Accord :

   > « Les parties contractantes conviennent d'appliquer entre elles, dans le domaine de la coordination des systèmes de sécurité sociale, les actes communautaires auxquels il est fait référence tels qu'en vigueur à la date de la signature de l'accord et tels que modifiés par la section A de la présente annexe ou des règles équivalentes à ceux-ci » (al. 1).
   >
   > « Le terme « Etat(s) membre(s) » figurant dans les actes auxquels il est fait référence à la section A de la présente annexe est considéré renvoyer, en plus des Etats couverts par les actes communautaires en question, à la Suisse » (al. 2).

   La section A de l'annexe II de l'Accord mentionne au nombres des actes auxquels il est fait référence le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent ainsi que ses mises à jour (ci-après le règlement 1408/71).

4. Le titre II du règlement 1408/71 traite de la détermination de la législation applicable et prévoit à l'art. 13 al. 1 et 2 let. a que :

« Le travailleur auquel le présent règlement est applicable n'est soumis qu'à la législation d'un seul Etat membre. Cette législation est déterminée conformément aux disposition du présent titre (al. 1).

Sous réserve des dispositions des articles 14 à 17, le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre est soumis à la législation de cet Etat, même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre » (al. 2 let. a).

L'art. 67 du règlement 1408/71 - inclus dans le chapitre 6 qui traite du chômage - a la teneur suivante :

« Totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi

1. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien ou le recouvrement du droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'assurance tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes d'assurance accomplies sous la législation qu'elle applique, à condition toutefois que les périodes d'emploi eussent été considérées comme périodes d'assurance si elle avaient été accomplies sous cette législation.

2. L'institution compétente d'un Etat membre dont la législation subordonne l'acquisition, le maintien ou le recouvrement du droit aux prestations à l'accomplissement de périodes d'emploi tient compte, dans la mesure nécessaire, des périodes d'assurance ou d'emploi accomplies sous la législation de tout autre Etat membre, comme s'il s'agissait de périodes d'emploi accomplies sous la législation qu'elle applique.

3. Sauf dans les cas visés à l'article 71 paragraphe 1 alinéa a) ii) et b) ii), l'application des dispositions des paragraphes 1 et 2 est subordonnée à la condition que l'intéressé ait accompli en dernier lieu :
- dans le cas du paragraphe 1, des périodes d'assurance,
- dans le cas du paragraphe 2, des périodes d'emploi,
selon les dispositions de la législation au titre de laquelle les prestations sont demandées.

4. Lorsque la durée d'octroi des prestations dépend de la durée des périodes d'assurance ou d'emploi, les dispositions du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 sont applicables, selon le cas ».

5. L'art. 13 al. 2 let. a du règlement 1408/71 dispose que la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de

cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre.

En d'autres termes, une personne n'est, en principe, soumise qu'à la législation d'un seul Etat. Le principe est qu'un travailleur a droit aux prestations de chômage dans l'Etat où il a exercé son dernier emploi. La durée de l'emploi ne joue en l'occurrence aucun rôle. Il suffit que l'intéressé ait travaillé un jour dans un autre pays pour que ce ne soit plus le pays de provenance mais celui où il a exercé un jour une activité soumise à cotisations qui soit compétent pour l'octroi de prestations. On présume en l'occurrence que l'Etat du dernier emploi est aussi l'Etat de domicile du travailleur (cf. circulaire du SECO relative aux conséquences en matière d'assurance-chômage de l'accord sur la libre circulation des personnes, mai 2002, chiffre B21).

L'art. 14 § 1 du règlement 1408/71 prévoit toutefois - en dérogation à l'art. 13 § 2 let. a - que la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre ou au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détaché par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible n'excède pas douze mois et qu'elle ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement.

L'art. 14 § 1 let. b du règlement 1408/71 précise que si la durée du travail à effectuer se prolonge en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue et vient à excéder douze mois, la législation du premier Etat membre demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel l'intéressé est détaché ou l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord ; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois et ne peut être donnée pour une période excédant douze mois.

6. Pour bénéficier de l'indemnité de chômage, un assuré doit, entre autres conditions, remplir celles relatives à la période de cotisations ou en être libéré conformément à l'art. 8 al. 1 let. e de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI). Lesdites conditions sont remplies si, dans les limites du délai-cadre de deux ans, l'assuré a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisations (art. 13 al. 1 LACI). L'assuré a l'obligation d'avoir exercé une activité soumise à cotisations, c'est-à-dire d'avoir touché un salaire sur lequel les cotisations de chômage ont été prélevées en Suisse.

L'art. 14 LACI, dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 1er juin 2002, traite de la libération des conditions relatives à la période de cotisation et prévoit à son al. 3 que :

> « Les Suisses de retour au pays après un séjour de plus d'un an dans un pays non-membre de la Communauté européenne ou de l'Association européenne de libre-échange (AELE) sont libérés des conditions relatives à la période de cotisation durant une année, à condition qu'ils justifient de l'exercice d'une activité salariée à l'étranger. Il en va de même des ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne ou de l'AELE dont l'autorisation d'établissement n'est pas échue. Le Conseil fédéral détermine en outre à quelles conditions les étrangers non-ressortissants d'un Etat membre de la Communauté européenne ou de l'AELE dont l'autorisation d'établissement n'est pas échue sont libérés des conditions relatives à la période de cotisation après un séjour à l'étranger de plus d'un an ».

Cet article a été modifié par la loi fédérale du 14 décembre 2001, entrée en vigueur le 1er juin 2002, relative aux dispositions concernant la libre circulation des personnes de l'accord du 21 juin 2001 amendant la convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE).

Antérieurement, l'art. 14 al. 3 LACI prévoyait que les Suisses de retour au pays après un séjour de plus d'un an à l'étranger étaient libérés des conditions relatives à la période de cotisations durant une année, à condition qu'ils justifient de l'exercice d'une activité salariée à l'étranger.

Selon le message relatif à l'approbation de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la convention du 4 janvier 1960 instituant l'AELE, du 12 septembre 2001 :

> « Les règles de coordination du droit aux prestations de chômage obéissent pour l'essentiel au principe de l'Etat de dernier emploi : l'intéressé a droit aux prestations de l'assurance-chômage dans l'Etat où il a exercé son dernier emploi. Elles comportent quatre éléments principaux, dont la totalisation des périodes d'assurance et d'emploi.
>
> Si l'exercice du droit aux prestations est subordonné à l'accomplissement de périodes d'assurance et d'emploi, les périodes d'assurance et d'emploi accomplies en qualité de salarié sous la législation de tout autre Etat signataire doivent être prises en compte. Pour que cette totalisation puisse se faire, il faut cependant que l'intéressé ait accompli immédiatement auparavant des périodes d'assurance ou d'emploi dans l'Etat sous la législation duquel il demande des prestations. Est pris en compte normalement le salaire touché par le chômeur pour son dernier emploi (FF 2001 p. 4754).

> L'art. 14, al. 3, de la loi sur l'assurance-chômage doit être modifié de manière à ce que seuls les Suisses qui ont travaillé dans un pays non-membre de l'UE ou de l'AELE soient libérés des conditions relatives à la période de cotisation. En vertu du droit communautaire, les Suisses qui ont travaillé dans un Etat de l'UE ou de l'AELE ont droit aux prestations de l'assurance-chômage dans le dernier Etat où ils ont travaillé. Ils n'ont donc plus besoin de la protection prévue à l'al. 3. Cette formulation a l'avantage de permettre aux Suisses de l'étranger hors UE/AELE qui n'ont encore jamais habité en Suisse de continuer à bénéficier de la libération (FF 2001 p. 4756-4757) » (cf. ATAS 725/04 du 13 septembre 2004).

7. En l'espèce, si l'assuré a effectivement travaillé à Genève auprès de la société X_____ (Suisse) SA du 1er décembre 2001 au 19 août 2003, il n'a toutefois pas payé de cotisations sociales en Suisse pour cet emploi, ce dernier ayant été soumis au régime de sécurité sociale anglais conformément au certificat de détachement délivré par l'INLAND REVENUE IN CONTRIBUTIONS OFFICE le 20 décembre 2001. La société X_____ (Suisse) SA a par ailleurs confirmé cette absence de cotisations en Suisse dans son attestation d'employeur du 22 septembre 2003. Force est de constater qu'on ne peut donc retenir que le dernier emploi a été effectué pour un employeur suisse.

   Par ailleurs, le recourant ne peut se prévaloir d'un motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation, dès lors qu'il a exercé une activité salariée dans un pays membre de la Communauté européenne, en application de la nouvelle teneur de l'art. 14 al. 3 LACI.

   Aux termes de la législation précitée, le recourant doit faire valoir son droit aux prestations de l'assurance-chômage en Grande-Bretagne, pays où il a exercé son dernier emploi.

   En effet, l'application par l'autorité suisse compétente en matière d'assurance-chômage de l'art. 67 al. 1 et 2 du règlement CEE – permettant de prendre en compte la période d'assurance et d'emploi anglaises du recourant - ne peut entrer en ligne de compte que si l'intéressé a accompli en dernier lieu des périodes d'assurance et des périodes d'emploi selon les dispositions de la législation suisse (art. 67 al. 3 du règlement 1408/71).

   Or, au moment du dépôt de sa demande de prestations, le recourant, n'avait pas accompli une période d'assurance et d'emploi, même minimum, en Suisse. Partant, il ne pouvait prétendre à l'obtention d'indemnités de chômage dès le 19 août 2003.

8. Le recourant se réfère aussi à une décision de la Commission administrative des Communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants dont il ressort que l'élément déterminant pour l'application de l'art. 71 du règlement 1408/71 dans son ensemble est le fait que l'intéressé réside au cours de son dernier emploi dans un Etat membre autre que celui à la législation duquel il est assujetti, qui ne correspond pas nécessairement à celui sur le territoire duquel il était occupé. Il en tire la conclusion que les travailleurs qui, au cours de leur dernier emploi, étaient soumis à la législation d'un Etat membre autre que l'Etat du lieu d'occupation bénéficient des prestations selon les dispositions de la législation de l'Etat de résidence comme s'ils avaient été précédemment soumis à cette législation. Cette jurisprudence n'est toutefois précisément pas applicable aux travailleurs détachés mais seulement aux catégories de travailleurs énumérés, à savoir, notamment, les saisonniers ou les frontaliers.

9. Partant, le recours ne peut qu'être rejeté et la décision litigieuse confirmée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant,

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. Le rejette ;

3. Dit que la procédure est gratuite ;

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au secrétariat d'Etat à l'économie par le greffe